Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

legen deren Beobachtung, respektive Nichtbeobachtung dieselben Wirkungen unter den Gesellschaftern und in Beziehung auf Dritte bei. Den Wortlaut dieser Artikel hier zu geben, ist überflüssig. Unsere Einwendungen gegen die Bestimmungen für die Errichtung der Gesellschaft gelten auch gegen sie, jedoch mit der Ausnahme, daß das Ausscheiden eines Gesellschafters und die Auflösung einer Gesellschaft zweckmäßig in Zeitungen zu veröffentlichen ist.

VIII.

Zur Lehre von der Ersitzung.

Von

Herrn Dr. **Wilh. Stephan,**
Privatdocent zu Göttingen.

IV. Ueber die Frage, ob die usucapio oder longi temporis praescriptio die herrschende Eigenthumsersitzung sei?

In neuerer Zeit haben Unterholzner[1]), Puchta[2]) und v. Vangerow[3]) behauptet, daß durch die c. un. C. de usucap. transformanda VII, 31 die usucapio zum ausschließlich herrschenden Institute für die ordentliche Ersitzung erhoben sei, so weit ihr nicht daselbst einzelne Eigenthümlichkeiten der longi temporis praescriptio ausdrücklich beigelegt worden. Dagegen hat der letzte Schriftsteller über diese Controverse[4]) die Ansicht des Donellus[5]) wieder aufgenommen, daß umgekehrt in Folge der c. un. C. de usuc.

1) Ausführl. Verjährungslehre II, S. 88—91.

2) Pandecten, §. 160 a. E. — Institutionen Bd. II, S. 610 und flgde.

3) Leitfaden zu Pandectenvorlesungen I, §. 316. Anm.

4) Andr. May über den Charakter der ordentlichen Eigenthumserſitzung nach der c. un. C. de usuc. transform. Bamberg 1847. §. 13.

5) Comm. jur. civ. V, 4.

transform., die usucapio als völlig aufgehoben, die longi temporis praescriptio als die im Zweifel geltende Ersitzung anzusehen sei, nachdem von ihm die allgemein verworfene Theorie der Gloſſe und Hameaux's, der zufolge die longi temporis praescriptio für Immobilien, die usucapio für Mobilien ausſchließlich gelten ſollte, noch eine Widerlegung erfahren hat, welche es überflüſſig macht, auf die letztere Anſicht ferner einzugehen.

Da der Streit über die Richtigkeit der erſtern beiden Anſichten unter der Vorausſetzung ein practiſches Intereſſe hat, daß die eine oder die andere Verſchiedenheit zwiſchen beiden Inſtituten ſtehen geblieben iſt, ſo iſt hierauf zunächſt die Unterſuchung zu richten. Läßt doch die ſchon von Puchta geäußerte Anſicht, daß zwiſchen der usucapio und longi temporis praescriptio in der Juſtinianiſchen Geſetzgebung kein Unterſchied mehr beſtehe, jenen Streit als einen unpractiſchen erſcheinen! Fällt es indeſſen bei Puchta auf, daß er nichtsdeſtoweniger an der usucapio, als dem herrſchenden Inſtitute, vorzugsweiſe feſthalten zu müſſen glaubt, ſo ſcheint es umgekehrt ſeltſam, daß May für die Geltung der longi temporis praescriptio mit theoretiſchen und practiſchen Gründen ſtreitet, wiewohl ſeine Auslegung der Quellenausſprüche keine Verſchiedenheiten zwiſchen der einen und andern Erſitzung mehr erblicken läßt.

Schon vor der c. un. C. de usuc. transform. und durch deren Beſtimmungen waren dieſelben größtentheils weggefallen. Anfängliche bona fides, ein Erwerbstitel, fordauernder Beſitz waren Erforderniſſe der usucapio, wie der longi temporis praescriptio. Ihre verſchiedenen Zeitfriſten wurden in der c. un. C. cit. aufgehoben, und nun allgemein für die Erſitzung beweglicher Sachen drei Jahre, für die unbeweglicher Sachen zehn und reſpektive zwanzig Jahre angeordnet. Eine accessio possessionis [1]), wurde ebendort

1) Früher nur nachweislich bei der longi temporis praescriptio (c. 1. C. de praescr. long. temp. VII, 33. c. 11. C. cod. — 76. §. 1. D.

für allgemein ſtatthaft erklärt bei der neu eingeführten Erſitzung. Die Beſtimmungen über die Art der Zeitberechnung, welche ſich bloß hinſichtlich der usucapio ausgeſprochen finden, auch auf die longi temporis praescriptio — ſofern beide auseinander gehalten würden — zu beziehen, iſt unbedenklich, da entgegenſtehende Beſtimmungen hierüber bei der letztern unnachweislich ſind und zu vermuthen iſt, daß die l. t. praescriptio, als ſie nicht mehr bloß eine den Beſitzer gegen die hypothekariſche Klage und gegen die Vindication ſchützende Einrede war, ſondern auch zum Erwerbe des Eigenthums führte, ſo wie die Erforderniſſe eines Titels, des guten Glaubens und des Beſitzes der Sache, ſo auch die Civilcomputation der Zeit von der usucapio angenommen habe. — Waren nach dem Pandectenrechte Städteſachen — ohne Unterſchied, ob bewegliche oder unbewegliche — der usucapio entzogen, dagegen nach dem Zeugniſſe des Paulus einer longi temporis praescriptio von 20 Jahren unterworfen geweſen; ſo kann nur die erſtere, nicht die letztere Beſtimmung gelten, weil dieſe in die Juſtinianeiſche Geſetzgebung nicht aufgenommen iſt: und mag man nun annehmen, daß nach d. c. un. C. cit. die usucapio, oder daß die l. t. praescriptio das herrſchende Inſtitut für die ſ. g. ordentliche Eigenthumserſitzungen ſei — da dieſes fortan jedenfalls nur eines ſein ſoll [1]), ſo wird durch das in die Compilation aufgenommene Verbot der einen auch die andere Erſitzung mit getroffen, welche mit ihr verſchmolzen iſt. — Sieht man die usucapio als geltend an, ſo iſt jenes in die Pandecten aufgenommene Verbot der Uſucapion von Städtenſachen allein ſchon hinreichend, um die Frage nach der Statthaftigkeit eines Erwerbs von Städteſachen durch l. t. praescriptio ohne Weiteres abzuweiſen. Sieht man umgekehrt die letztere als die herrſchende Er-

---

de contr. emt. XVIII, 1. und bei der usucapio pro emtore. l. 2. §. 16. 20. D. pro emtore. XLI, 4. §. 13. J. de usuc.)

1) Ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis — c. un. C. cit.

sitzung an, so ist es wiederum entscheidend, daß die bei Paulus sich findende Bestimmung über die Zulässigkeit derselben behuf der Ersitzung von Sachen der Städte von der Compilation ausgeschlossen, dagegen das Verbot ihrer Usucapion darin aufgenommen worden ist.

In ihrer Wirkung endlich unterschieden sich beide nicht mehr, seitdem das quiritarische Eigenthum, früher die ausschließliche Folge der usucapio, dem Namen und der Sache nach beseitigt worden war (c. un. C. de usuc. transform. pr.). — Daß die besondere, und vielleicht ursprüngliche, Eigenschaft der l. t. praescriptio, dem Besitzer der Sache als schützende Einrede gegen die hypothekarische Klage zu dienen, durch die c. un. C. cit. überall nicht berührt wird, bedarf keiner Erwähnung. Der Hauptzweck der Verordnung war, an den Unterschied von beweglichen und unbeweglichen Sachen behuf ihrer Ersitzung eigene Fristen zu knüpfen. Näher liegt die Frage, ob diese Bestimmungen auch auf die Ersitzung der Servituten auszudehnen seien?

Die c. un. C. cit. spricht zwar bloß von der Eigenthumsersitzung: allein sind nicht auch die Servituten Eigenthumsbestandtheile, losgelöst von den übrigen und übertragen von dem einen Inhaber auf den andern? Wird nicht deßhalb der Nießbrauch [1]) an beweglichen Sachen durch eine Ersitzung von drei Jahren; — an unbeweglichen Sachen in zehn und respective zwanzig Jahren erworben, wie es hinsichtlich des Eigenthumserwerbs selbst bestimmt ward?

Durch die Theorie und Praxis (l. 14. pr. D. de servitut. VIII, 1.), welche wahrscheinlich der lex Scribonia vorgearbeitet hatten, war die usucapio der Servituten für unzweckmäßig erklärt, und wir haben keinen Grund anzunehmen, daß sie bis zur c. un. C. cit. wieder eingeführt war.

1) Für die rechtliche Möglichkeit der Ersitzung eines Nießbrauchs (durch l. t. praescriptio) spricht außer der (bestrittenen) l. 12. §. 4. (de praescr. long. temp. (VII, 33.) und l. 1. §. 23. D. de aqua et aqua pluv. (XXXIX, 3.) bestimmter die l. 11. §. 1. D. de Public. in r. a. (VI, 2.) „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur.“

Hiermit hat die aufgeworfene Frage über die Herrschaft der usucapio oder l. t. praescriptio zufolge der c. un. C. cit. in Beziehung auf eine Ersitzung von Servituten von vorn herein theoretisch keine Bedeutung; und auch praktisch nicht, nachdem sich gezeigt haben wird, daß der Sache nach auch für die Eigenthumsersitzung die Grundsätze der l. t. praescriptio herrschend geworden sind, welche, wiewohl mit einigen Modificationen, vor der c. un. C. cit. auch auf Servituten ausschließlich anwendbar war. — Daß die daselbst zur Ersitzung beweglicher Sachen vorgeschriebene Frist von drei Jahren auch hinsichtlich eines Nießbrauchs an beweglichen Sachen gelte, hat zwar jene logische Consequenz für sich, der zufolge der Nießbrauch lediglich ein Bestandtheil des Eigenthums ist und mithin auch hinsichtlich der Zeit seiner Ersitzung nach den für dessen Erwerb vorgeschriebenen Regeln zu beurtheilen sein möchte. Ueberwiegend scheint aber dagegen zu sprechen der deutlich ausgesprochene Zusammenhang der c. un. C. de usuc. transf. mit dem frühern Rechte. Die bisherigen Fristen der usucapio erschienen zu kurz und für den Verlierenden zu hart. In den Fällen, wo sie, die usucapio, einen Verlust von Mobilien in einem Jahre, von Immobilien in zwei Jahren, herbeigeführt hatte, sollten diese Zeiträume dort auf drei, hier auf zehn und resp. zwanzig Jahren erweitert werden. — Nun hatte, wie eben erwähnt ist, bisher weder in Beziehung auf Servituten überhaupt, noch insbesondere hinsichtlich des Nießbrauchs die usucapio — namentlich nicht die von einem Jahre — gegolten. — Folglich kann auch die Erweiterung der Frist hierauf nicht angewandt werden. Der in den Schlußworten der Constitution ausgesprochene Hauptzweck: „Ita enim amplatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis jactura“ würde in dieser Beziehung sinnlos werden. —

Die usucapio wurde durch die Abwesenheit des Verlierenden nicht aufgehalten. Denn es gab aus diesem Grunde

gegen die abgelaufene usucapio eine eigene Reſtitutionsklage, von welcher in der l. 57. D. mand (XVII, 1.) wahrſcheinlich — und in §. 5, J. de action. (IV, 6.) [1]), ganz deutlich die Rede iſt. Die von Hameaux u. A. aufgeſtellte Behauptung, daß Sachen der Abweſenden umgekehrt durch longi temporis praescriptio nicht erſeſſen werden könnten, wurde auf eine Stelle geſtützt, welche eine eben ſo unbefriedigende Erklärung bei ihm, wie bei den Vertheidigern der entgegengeſetzten richtigern Anſicht, gefunden hat. l. 4. C. quib. non objic. l. t. praescriptio (VII, 35.) Si possessio inconcussa sine controversia perseveraverit, firmitatem suam teneat objecta praesriptio, quam contra absentes vel reipublicae causa, vel maxime fortuito casu nequaquam valere decernimus (Dioclet. et Maxim.)

Daß hier von einer longi temporis praescriptio die Rede iſt, und daß eben dieſelbe gegen Abweſende für unwirkſam erklärt wird, iſt keinem Zweifel unterworfen. Hiermit iſt anſcheinend die Anſicht Hameaux's gerechtfertigt. Allein dieſe iſt wieder unverträglich mit dem Inhalte der beiden folgenden Conſtitutionen c. 7. C. [2]) c. 6. C. cod. [3])

Die erſte Stelle enthält die Beſtimmung, daß gegen Abweſende die l. t. praescriptio laufe, jedoch mit Verdoppelung ihres zehnjährigen Zeitraums. Beide Conſtitutionen verweiſen den Abweſenden auf die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand gegen die abgelaufene l. t. praescr.

---

1) Si quis, quum reipublicae causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate est, usuceperit; permittitur domino, si possessor reipublicae causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere, id est ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse et ob id suam rem esse.

2) Praescriptione bona fide possidentes adversus praesentes annorum decem, absentes autem viginti muniuntur (Diocletian et Maxim.)

3) Ab hostibus captus ac postliminio reversus, actione in rem directa vel qualibet alia dominium vindicando, temporis adversarii possessionem frustra times, quum adversus eos, qui restitutionis auxilio quacunque ratione juvantur, hujusmodi factum non opituletur (Idem.)

Unterholzner[1]) und v. Vangerow[2]) nehmen an, daß auch in den Schlußworten der c. 4. C. auf die Möglichkeit einer in integrum restitutio gegen die vollendete l. t. praescriptio hingewiesen werde. Scheiterte die erstere Erklärung der c. 4. C. an dem Widerspruche mit den beiden angeführten Constitutionen, so die letztere Auffassung an den eigenen Worten der c. 4. C. „quam nequaquam valere decernimus.“ Denn die in integr. restitutio setzt gerade die Giltigkeit des Geschehenen — also hier die Rechtsbeständigkeit der abgelaufenen Ersitzung — voraus, welches auf diesem Umwege wieder rückgängig gemacht wird, oder auch nicht, je nachdem es dem Betheiligten beliebt. Eben diese wird aber mit den absprechenden Worten „nequaquam valere“ entschieden verneint, und die Unwirksamkeit der l. t. praescriptio ohne Weiteres ausgesprochen. Durch folgende Erklärung ist die Schwierigkeit leichter zu heben: „Die c. 4. C. ist ein Rescript auf die ergangene Anfrage über den vorgelegten speciellen Fall; und zwar ergibt sich aus dem Gegensatze der erstern Worte „teneat objecta praescriptio“ zu den folgenden „quam contra absentes nequaquam valere decernimus“ — daß in diesem Fall es sich eben nicht um eine Verjährung gegen Abwesende handelte. Die objecta praescriptio könnte also wohl keine andere, als die zehnjährige l. t. praescriptio sein, und hiernach enthält dieses Rescript die auch in c. 7. C. cit. und in c. 9. C. de praesc. long. temp. X vel. XX annor. (VII, 33.) ausgesprochene Bestimmung, daß diese zehnjährige Verjährung gegen Abwesende nicht wirksam sei.“ [3])

Zwar rührt unsere Constitution (c. 4. C. cit.) erst von Diocletian und Maximian her, und Paulus, der

1) A. a. O. I. S. 492 u. 493.

2) A. a. O. S. 514.

3) Meine Anzeige der obigen Schrift von May in den Göttinger Gelehrten Anzeigen. 1848. S. 1353.

spätestens unter Alexander Severus schrieb, erwähnt bereits der tempora longae possessionis constitutionibus statuta.[1]) Allein es fehlt eine Nachweisung, daß die l. t. praescriptio zu jener Zeit oder überall vor den Kaisern Diocletian und Maximian, von denen jene drei Constitutionen (c. 4. 7. 9. C. cit.) herrühren, gegen Abwesende eines längern Zeitraums bedurfte. An verschiedene Fristen konnte Paulus deßhalb denken, weil z. B. für Städtesachen (statt der vermuthlich sonst geltenden 10jährigen) eine 20jährige Ersitzung durch l. t. praescriptio vorgeschrieben war. Vielleicht hatte in dem obigen Falle der Vindicant, der mittelst der zehnjährigen l. t. praescriptio abgewiesen worden war, in seiner Anfrage die Ansicht geltend zu machen gesucht, daß der Gegner erst zwanzig Jahre besessen haben müsse. Vielleicht war eine jener Controversen dabei zur Sprache gebracht, welche erst Justinian in der c. 12. C. de praescr. l. t. (VII, 33.) ausdrücklich beseitigt[2]), indem sich etwa der Vindicant zur Begründung seiner Ansicht auf die Entfernung des Orts, wo die vom Beklagten ersessene Sache sich befand, berufen hatte, und die Schlußworte des Rescripts verweisen ihn nun darauf, daß nur seine persönliche Abwesenheit (von seinem Wohnorte) in Frage komme, wenn die zehnjährige l. t. praescriptio gegen ihn unwirksam sein solle.

Um nun die Behauptung zu begründen, daß die Controverse über die Geltung der usucapio oder l. t. praescriptio als Eigenthumsersitzung unpraktisch sei, bliebe nur noch

1) l. 76, §. 1. D. de contrahenda emtione (XVIII, 2.) Eum qui in locum emtoris successit, iisdem defensionibus uti posse, quibus venditor qui uti potuisset, sed et longae possessionis praescriptione, si utriusque possessio impleat tempora Constitutionibus statuta.

2) Quum in longi temporis praescriptione tres emergebant veteribus ambiguitates, prima propter res, ubi positae sunt — — §. 3. De rebus autem de quibus dubitatio est, nulla erit differentia, sive in eadem provincia sive in vicina vel trans mare positae et longo spatio separatae.

übrig, nachzuweisen, daß auch hinsichtlich ihrer Unterbrechung durch einen Rechtsstreit und hinsichtlich ihrer Ausschließung gegen Minderjährige dieselben Grundsätze gelten.

I. Die usucapio [1]) lief ungeachtet, der Einleitung des Vindicationsprozesses fort, so daß der beklagte und später vielleicht verurtheilte Besitzer der Sache Eigenthümer derselben werden und sie als solcher rechtsgiltig mit dinglichen Lasten beschweren konnte. Der Vindicant konnte seinerseits für den Fall seines Obsiegens gegen den Beklagten durch eine Kautionsforderung sich sichern und schließlich die Herausgabe der Sache und Schadloshaltung verlangen. [2]) Anders verhielt es sich bei der l. t. praescriptio. Gewiß ist es, daß diese im Verlaufe des Prozesses nicht vollendet werden konnte: streitig, ob sie schon durch die Insinuation der Klage oder erst durch Litiscontestation unterbrochen wird. Die erstere Annahme scheint zwei Constitutionen für sich zu haben, c. l. 1. u. 2. C. de praescr. l. t. [3])

---

1) v. Vangerow, a. a. O. S. 540. „Was die Unterbrechung der Verjährung durch eingeleiteten Prozeß belangt, so ist schon an einem andern Orte bemerkt worden, daß in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen der l. t. praescriptio und der usucapio bestand. Die erstere wurde durch Litiscontestation unterbrochen, nicht aber auch die letztere. Ist nun unsere Auslegung der c. un. C. de usuc. transform. richtig, so geht daraus von selbst hervor, daß die von der Usucapion geltenden Grundsätze die einzig im Justinianischen Rechte geltenden sind, und daß wir also für die ordentliche Eigenthumsverjährung eine Unterbrechung durch eingeleiteten Rechtsstreit nicht annehmen können. — Die nicht selten vertheidigte Meinung, daß heutzutage vielmehr schon die bloße Anstellung der Klage zur Unterbrechung hinreiche, ist jedenfalls grundlos, und muß selbst von denen verworfen worden, die eine andere Auslegung der c. un. C. billigen."

2) l. 17. in fin. l. 18. 21. D. de rei vind (VI, 1.) l. 2. §. 21. D. pro emtore (XLI, 4.)

3) Quum post motam et omissam quaestionem res ad nova dominia bona fide transierint, et exinde novi viginti anni intercesserint sine interpellatione, non est inquietanda, quae nunc possidet, persona, quae sicut accessione prioris domini non utitur, qui est inquietatus, ita nec impedienda est, etsi postea per longum tempus sine

Denn die allgemeine und unbestimmte Bezeichnung der unterbrechenden Thatsache „mota quaestio“ und „inquietudo litis“ trifft auch schon die Anstellung, oder doch die Insinuation der Klage, und, sofern die Ersitzung wenigstens einen Grund ihrer Rechtfertigung in der Nachlässigkeit des Eigenthümers findet, der sein Recht an der Sache, welche sich im Besitze eines Andern befindet, zu verfolgen unterläßt: scheint es, als sei ihr diese Rechtfertigung entzogen, sobald der Eigenthümer gegen den Besitzer klagend aufgetreten ist. — Die zweite Ansicht hat den besondern und bestimmtern Ausdruck eines andern Quellenausspruchs für sich: l. 26. C. de R. V. (III, 32.) Morae litis causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur. (Dioclet. et Maxim.)

Verschleppungen des Prozesses kommen dem verklagten Besitzer behuf der von ihm begonnenen l. t. praescriptio nicht zu Statten: denn, nachdem lis contestirt ist, frägt es sich, ob sie nun abgelaufen ist, oder nicht. Im letztern Falle ist sie dadurch unterbrochen. — Indessen geht aus einem andern Rescripte derselben Kaiser hervor, daß das eben erwähnte nur zufällig an die Litiscontestation diesen Bescheid anknüpft, weil dieselbe in dem vorgelegten Falle stattgefunden hatte, und daß sie zur Unterbrechung der l. t. praescriptio nicht erforderlich ist. l. 10. C. de praescr. long. temp. (VII. 33.) Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa, proficit, quum post motam controversiam in praeteritum aestimetur. (Diocletian et Maximian.)

---

aliqua interpellatione in possessione remansit, tamen non potest uti longi temporis praescriptione. (Severus et Antoninus.) c. 2. Cod. „Longi temporis praescriptio his, qui bona fide coeptam possessionem et continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari.“ (Diocletian et Maximian.)

In diesem Falle hatte keine Litiscontestation stattgefunden, dennoch, und im scharfen Gegensatze zu diesem prozessualischen Akte, so heißt es, ist der Ablauf der l. t. praescriptio nun rückwärts hin „post motam controversiam“ zu untersuchen. In der That würde ja auch die Bestimmung sehr befremdend sein, dem Beklagten anheimzustellen, durch eine geflissentliche Verzögerung der Litiscontestation den Ablauf der l. t. praescriptio sich möglich zu machen, nachdem der Eigenthümer durch die (Anstellung und die) bewirkte Insinuation der Vindication zur Verfolgung seines Rechts das Seinige gethan hat. Der Grund, weßhalb die letztere schon die l. t. praescriptio unterbricht, wird in c. 10. Cod. de acquir. et retin. possess. VII, 32. angedeutet. Gegenüber dieser Begründung der Ansicht, daß die l. t. praescriptio nicht erst durch Litiscontestation unterbrochen werde, wiegt auch ein argumentum a contrario Nichts, welches von der hinsichtlich der usucapio ausgesprochenen negativen Bestimmung, daß diese durch Litiscontestation nicht unterbrochen werde, hergenommen wird: l. 2, §. 21. D. pro emtore. (XLI, 4.) l. 18, §. 21. D.

1) Nemo ambigit. possessionis duplicem esse rationem, aliam quae jure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, quum omnium adversariorum silentio et taciturnitate firmetur; interpellatione vero et controversia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in judicium deducta super jure possesionis vacillet ac dubitet. (Constantinus.) — l. 25. §. 7. D. de hered. petit. V, 3. „Post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam. Quanquam enim litis contestatae mentio fit in Senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt. Et hoc jure utimur; coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se, is qui interpellatur.“ Vergl. l. 20, §. 11. D. cod. — Vergl. c. 2. C. ubi in rem actio exerceri debeat. (III, 19.) — — tanquam lite, quae ingeritur, ex eo die quo possor ad judicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata. —

de rei vindic. (VI, 1.) Denn hier kam es darauf an, auszudrücken, daß die usucapio während des Processes fortlief, und, um diese Bestimmung zu markiren, war es ganz natürlich, den Akt hervorzuheben, mit welchem derselbe von beiden streitenden Parteien aufgenommen worden ist. — Und um so weniger kann durch diese Stellen ein indirecter Beweis dafür geführt werden, daß umgekehrt die l. t. praescriptio erst durch Litiscontestation unterbrochen wird, da sie an eine Zeit erinnern, in welcher die Anstellung und Insinuation der Klage und die Litiscontestation in einem Akte zusammenfielen, mit welchem das Verfahren in jure beendigt wurde, während jene und diese später auseinanderfielen und nun an eine jede von beiden besonders die Wirkungen zu knüpfen waren, welche ihrer Bedeutung entsprechen, wie gezeigtermaßen die Unterbrechung der l. t. praescriptio der Insinuation der Klage. — Für diese spricht endlich noch der Umstand, daß die in der c. 2. C. de annali except. Ital contractus tollenda (VII, 40.) getroffene Aenderung ihr näher steht, als der behaupteten Unterbrechung der l. t. pr. durch Litiscontestation. Das daselbst von Justinian verliehene Rechtsmittel der Protestation oder der Uebereichung eines Libells bei dem praeses provinciae und gewissen andern Personen, behuf der Unterbrechung einer laufenden Ersitzung tritt offenbar an die Stelle der Anstellung der Klage, und von dem Erfolge jener ist insofern ein Rückschluß auf den gleichen Erfolg der letztern gestattet, als jener nicht erst von einer abzuwartenden Thätigkeit des zu belangenden Besitzers abhängig gemacht wird. Durch diese Begründung verliert die Ansicht den Anschein des „Willkürlichen", welches Unterholzner darin findet (I, S. 441): umgekehrt verliert seine eigene Ansicht, „daß man der Einlassung auf die Klage eine rückwirkende Kraft beilege: so daß in Folge derselben angenommen wird, die Verjährung sei im Augenblicke der angestellten Klage unterbrochen worden „den Anschein der dafür sprechenden" Natur der Sache." Wenn die Klage nicht sofort verworfen, sondern dem Be-

klagten zur Vernehmlassung mitgetheilt worden; dann erfolgt entweder eine wirkliche oder eine fingirte Einlassung. Von dieser nun es abhängig zu machen, ob rückwärts die Anstellung (Insinuation) der Klage die Ersitzung unterbrochen hat — kann bloß den Sinn haben, daß es zu diesem Zwecke — wenn keine wirkliche Einlassung von Seiten des Beklagten erfolgt — auf den Antrag des Klägers, eine fingirte zu erwirken, ankommen solle. Da indessen im erstern Falle die einmal ausgesprochene und dem Beklagten insinuirte Intention des Klägers zur Unterbrechung der Ersitzung genügt, (wenn der Beklagte wirklich so gefällig ist, sich einzulassen) und da die Litiscontestation — die wirkliche oder fingirte — lediglich den Zweck hat, den Streitpunkt festzustellen: so muß es sonderbar erscheinen, an diese und respective deren Verzögerung oder Verweigerung und den dadurch veranlaßten weitern Antrag des Klägers die Entscheidung der Frage zu knüpfen, ob es diesem gelungen sei, durch seine dem Beklagten bereits insinuirte Klage die Ersitzung desselben zu unterbrechen.

Einige haben behauptet, daß die Unterbrechung durch Insinuation der Klage für die l. t. praescriptio, als schützende, nicht als erwerbende, Verjährung gegolten habe, da diese Eigenschaft der l. t. pr. erst durch Justinian in der c. 8. C. de praescr. XXX vel XL annor. beigelegt worden sei: Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujus cunque contractus titulo rem aliquam bona fide per X vel XX annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos ejus vel creditores hypothecam ejus praetendentes sibi acquisiverit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse cum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. Justinian setzt hinzu: „Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.“ In den letztern Worten ist ausgesprochen, daß die l. t. pr. bereits früher zu dem Rechte, die besessene Sache zu vindiciren, geführt hatte, und daß der Kaiser dieses Recht hier nur zum Ueberflusse vielmehr als ein gel-

tendes anerkannte, um hieran die Verordnungen der folgenden §§ der Conſtitution anzuknüpfen.

Auch läßt ſich mehr als eine Spur hievon in dem ältern Rechte nachweiſen. Auf die frühern Beſtimmungen, welche an den Erwerb einer Servitut durch l. t. pr. eine actio knüpfen, haben ſchon Cujas und Andere hingewieſen. [1])

Offenbar iſt hier von dem Erwerbe einer Servitut die Rede: (servitutem quaesiisti) und zwar durch den Ablauf einer beſtimmten Zeit (ante id spatium): und nach Analogie des Eigenthumserwerbes an Immobilien (exemplo rerum immobilium) durch Erſitzung. Da es nun keine usucapio der Servituten geben konnte, ſo kann dieſe Stelle nur von der longi temporis praescriptio reden, und beweiſt hiemit, daß dieſe zu einem ſelbſtſtändigen Klagrechte führte. [2]) Eben dieſes wird unverkennbar vorausgeſetzt in d. l. 11, §. 1. D. de Publiciana in rem actione (VI, 2.) [3]) „Si de

1) c. 1. C. de servitutibus et aqua (III, 34.) Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet. (Antoninus.) — c. 2. C. eod. Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. Quodsi ante id spatium usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas etc. (Idem.)

2) Vergl. l. 5, §. 3. D. de itinere XLIII, 19. — l. 10. D. si serv. vind (VIII, 5.) l. 1, §. ult. D. de aqu. et aqu. pluv. arc. act. (XXXIX, 3.) — l. 28. D. de servitutt. praed. urb. (VIII, 2.) — l. 25. D. quemadm. serv. amitt. (VIII, 6.)

3) Unterholzner, (Ausführliche Verjährungslehre II, 146.) ein Gegner dieſer Anſicht, räumt ein, daß in dieſer Stelle von dem Erwerbe einer Servitut die Rede ſei, und zieht daraus den Schluß: „Eine reine Anwendung der longi temporis praescriptio haben wir hier freilich nicht voraus." Dieſes erhellt daraus, daß die Dienſtbarkeitsverjährung in Folge der durch ſie begründeten utilis actio als eine erwerbende Verjährung angeſehen werden muß, während die l. t. pr. ihrer Natur nach eine bloß befeſtigende Ver-

usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam; item rasticorum.“ (Ulpian.)

Die a Publiciana beruht auf der Fiction der abgelaufenen usucapio: „Si quis id, quod traditur ex justa causa, non a domino et nondum usucaptum petet, judicium dabo.“ Da nun eine usucapio von Servituten überhaupt durch die lex Scribonia (l. 4. §. 29. D. de usurp. et usuc. XLI, 8.) oder durch Theorie und Praxis (l. 14. pr. D. de servitut. VIII, 1.) als unzuläßig beseitigt war, so konnte jene Klage auch nicht mehr auf der Fiction ihres Ablaufs beruhen, sondern diese Fiction muß auf die longi temporis praescriptio übertragen gedacht werden. Hierin liegt, daß ihr Ablauf eine vindicatio servitutis bewirkte, an deren Stelle vor demselben die actio Publiciana tritt.

Geradezu von der Ersitzung des Eigenthums durch l. t. praescriptio spricht l. 13, §. 1. D. de jurejur. (XII, 2.) „Julianus ait, eum, qui juravit, fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere.“ (Ulpian.)

Unter der utilis actio ist nicht die persönliche actio jurisjurandi zu verstehen, denn diese war in Folge der Beendigung des Vindicationsprozesses durch die Beschwörung des Eigenthums recht eigentlich an ihrem Platze, und von einem Zeitablaufe völlig unabhängig. Die erwähnte utilis actio kann keine andere Klage sein, als eine dingliche, welche in dem Erwerbe der Sache durch einen Zeitablauf (post longi temporis praescriptionem) ihren Grund hat.

---

jährung ist. — Derselbe sagt a. a. O. S. 155: „Wie wäre es möglich, die c. 2. C cit. so zu verstehen, da es zur Zeit des Kaisers Antonin noch keine zehnjährige Verjährung zur Erwerbung des Eigenthums gab? Hier läugnet er bloß eine Voraussetzung, welche ganz einfach in dieser Stelle anerkannt ist; dort gibt er eben das zu, worauf es allein ankommt, nämlich daß d. l. t. praescr. zu jener Zeit bereits „über ihre ursprüngliche Natur“ hinaus modificirt worden war, indem sie zu einem Erwerbe von Servituten führen konnte.“

Wiewohl nun diese dingliche Klage (wie die a Publiciana in l. 7, §. 7. D. de Publiciana in rem actione, VI, 2.) immerhin nur gegen dritte Besitzer statthaft ist; so ist doch hiemit anerkannt, daß die l. t. praescr., an deren Ablauf sie geknüpft wird, nicht mehr bloß auf die Wirkung einer schützenden Einrede beschränkt war, sondern eine selbstständige Klage, gerichtet auf Verfolgung des Eigenthums, zu Wege brachte. [1])

Daher haben wir keinen Grund anzunehmen, die l. t. praescriptio werde nur als schützende Einrede, nicht als s. g. erwerbende Verjährung, durch die Insinuation der gegen den Besitzer angestellten Vindication unterbrochen.

Bis zu der c. 2. C. de annali exceptione Italici contractus tollenda (VII, 40.) bestand, so viel wir wissen in diesem Punkte jenes verschiedene Recht der usucapio und l. t. praescriptio. Einige Wochen früher, als die c. un. C. de usuc. transform., erschien die eben erwähnte Verordnung Justinians, von deren Auslegung es abhängt, ob zur Zeit des Erlasses der c. un. C. cit. jener Unterschied noch be-

1) Unterholzner, a. a. O. (II, 76.) versteht die Stelle so: „In Bezug auf die dingliche Klage (gegen den, welcher durch seine Eideszuschiebung dieses Recht begründet hatte) konnte es zweifelhaft sein, ob ihr nicht nach zehn oder zwanzig Jahren die l. t. praesc. im Wege stehe. Julian entscheidet gegen diese Meinung, weil im Grunde die Klage doch mehr eine persönliche, als eine dingliche ist." Allein, erstens konnte von einer l. t. praescr. auf Seiten dessen, der durch Eideszuschiebung seinen Anspruch an der Sache abgetreten hatte, nicht die Rede sein, sofern es ihm, dem Gegner gegenüber, an einem Titel und am guten Glauben fehlen mußte. Sofern er aber die abgetretene Sache von einem Dritten im guten Glauben wiedererworben hatte, schloß gewiß seine longi temporis praescriptio auch die utilis actio seines frühern Gegners, aus, weil jene nun auf einem neuen, ganz selbstständigen Fundamente beruhte. Zweitens: es heißt nicht: etiam post longi temporis praescriptionem utilis actio, sondern post longi temporis praescriptionem etiam utilis actio. Mithin wird ihm hiemit (außer der actio jurisjurandi) der Vortheil derjenigen Klage nach völligem Ablaufe der l. t. praescr. zugesprochen, welche ihm vorher auf Grund der Publicianischen Fiction gewährt wird.

stand, oder ob die der usucapio eigenthümliche Fortdauer und Vollendung während des Prozesses — damals bereits aufgehoben ist. Ausdrücklich ist dieß in der c. 2. C. cit. [1]) nicht geschehen.

Dem Eigenthümer oder Pfandgläubiger, welcher den Besitzer der von ihm beanspruchten Sache wegen dessen Abwesenheit, amtlicher Stellung oder Unmündigkeit nicht belangen kann, wird die Befugniß eingeräumt, durch Uebereichung eines Libells bei dem praeses provinicae, im Nothfalle bei dem Ortsbischoff, oder defensor civitatis oder, falls keine von diesen Personen anzutreffen wäre, durch eine von einem Notar und in dessen Ermangelung von drei Zeugen unterschriebene am Wohnorte des Besitzers zu veröffentlichende Protestation zu verhindern, daß die Ersitzung der Sache zu Ende laufe. Unterbrechung der Ersitzung ist demnach der Zweck dieses Rechtsmittels. Derselbe wird, wie es heißt, dadurch auf das Vollständigste erreicht (also ohne Modification sufficere hoc ad plenissimam interruptionem —) bei den folgenden Verjährungen: sive triennii, sive longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum. — Unter dem triennium läßt sich keine andere verstehen, als die an die Stelle der einjährigen usucapio be-

1) „— — Si quando abfuerit is, qui res alienas vel creditori obnoxias detinet, et desiderat dominus rei vel creditor suam intentionem proponere, et non ei licentia sit, absente suo adversario, qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tutorem vel curatorem habente vel in magna potestate eas res usurpare, licentia ei detur adire praesidem provinciae vel libellum ei porrigere, et hoc in querimoniam deducere intra constituta tempora, et interruptionem temporis facere; et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem, §. 1. Sin autem nullo modo poterit praesidem adire saltem ad episcopum locorum eat, vel defensorem civitatis et suam manifestare voluntatem in scriptis deproperet. Sin autem abfuerit vel defensor, liceat ei proponere publicae, ubi domicilium habet possessor, seu cum tabulariorum subscriptione, vel si civitas tabularios non habet, cum, trium testium subscriptione, et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive longi temporis sive triginta vel quadraginta annorum sit. — —

weglicher Sachen getretene Ersitzung von drei Jahren. (Vergl. pr. J. de usucap. (II, 6.) constitutionem promulgarimus, qua cautum est ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem usucapiantur.) Befremden muß es zwar, daß zur Zeit des Erlasses der c. 2. C. die letztere Frist noch nicht eingeführt war, da dieß erst durch die einige Wochen jüngere c. un. C. de usuc. transform. geschah. Allein mag man nun annehmen, daß diese Constitution wenigstens gleichzeitig vorbereitet und die anscheinend verfrühete Erwähnung des „triennii" auf Rechnung dieses Umstandes zu schreiben ist; oder mag man dieselbe für eine Interpolation der Compilatoren halten: so wenig in dem einen, wie in dem andern Falle ist die Beziehung auf die dreijährige Ersitzung zweifelhaft, in welche die usucapio durch die c. un. C. de usuc. transf. umgeschmolzen wurde. Welche andere Verjährung sollte neben der longi temporis praescriptio und der longissimi temporis praescriptio gemeint sein können?

Hiernach sträuben sich die Worte offenbar gegen die Ansicht Puchta's: „Die Litiscontestation unterbrach die Usucapion nicht: die in l. 2. C. cit. eingeführte Protestation soll nur die Litiskontestation vertreten: folglich kann sie keine andere Wirkung haben, als diese." — Dazu kommt, daß in dem Schlußsatze der Constitution noch besonderes gesagt wird, im Uebrigen solle dadurch an dem Rechte der longi temporis praescriptio oder XXX vel XL annorum praescr. nichts geändert sein, während der besondern Eigenthümlichkeit der usucapio — was doch eben so nahe lag — mit keinem Worte gedacht wird. Umgekehrt fragt es sich nun, ob von der ausdrücklich hervorgehobenen Wirkung der eingeführten Protestation, das triennium (die usucapio) zu unterbrechen, auf die gleiche Wirkung der Insinuation der Klage (nach Puchta: der Litisconteſtation) geschlossen werden darf.

Fehlt es nun gleich an bestimmten Zeugnissen dafür, daß das in den Pandecten dargestellte Recht der usucapio

während des Prozesses fortzulaufen, aufgehoben worden, so erlaubt doch die c. 2. C. kaum, für die Folgezeit hinsichtlich der Ersitzung überhaupt ein Anderes anzunehmen. Eine Protestation sollte die Verjährung vollständig unterbrechen, wenn der durch sie Gefährdete durch Einleitung des Prozesses dieß zu bewirken wegen der Abwesenheit, Unmündigkeit oder amtlichen Stellung des Gegners außer Stand gesetzt war. Dem Surrogat wird hiemit eine Wirkung beigelegt, welche das Rechtsmittel gehabt haben würde, an dessen Stelle es — und zwar auch hinsichtlich der usucapio — treten soll. Denn sonst würde der Zusammenhang der c. 2. C. cit. mit dem nach der entgegengesetzten Meinung noch geltenden Rechte der usucapio so gedacht werden müssen: Obgleich die Einleitung des Prozesses die usucapio nicht unterbricht, so kann Jemand doch in den angegebenen Fällen diese durch Protestation unterbrechen, weil die erstere hier unthunlich ist: Dieß würde ungereimt sein. —

Insofern ist jedoch die Ansicht Puchta's von Werth, als sie — abgesehen von dem Irrthume, die Litiscontestation als den entscheidenden Akt anzusehen — an der Uebereinstimmung der Wirkung der Einleitung des Prozesses und ihres Surrogates festhält, wiewohl sie auf eine unstatthafte Weise den ältern Bestimmungen über die Bedeutung der Litiscontestation für die usucapio der klaren, indirect entgegenstehenden Bestimmung des jüngern Gesetzes über die Wirkung der Protestation und hiemit der durch diese lediglich vertretenen Litiscontestation auf die usucapio oder (richtiger) die an deren Stelle gesetzte Ersitzung den Vorzug einräumt.

Die hier vertheidigte Ansicht findet sich schon in der Glosse. Ihr entgegen trat eine andere, welche zwar ebenfalls die Gleichheit der Wirkung der Einleitung des Prozesses und ihres Surrogates, der Protestation, hinsichtlich der usucapio — jedoch nur in den in c. 2. C. cit. angegebenen Fällen — annimmt; „absente adversario, qui rem detinet, vel infantia vel furore laborante et neminem tu-

torem vel curatorem habente vel in magna potestate constituto"; — weil die Bestimmung eine singuläre sei und deßhalb keine ausdehnende Interpretation gestatte. Die Erinnerung an diesen Grundsatz würde aber nur dann treffend sein, wenn es sich darum handelte, die Sphäre der Anwendbarkeit jenes singulären Rechtsmittels, der Protestation, über die angegebenen Fälle hinaus zu erweitern, und dieser letztern hiemit den subsidiären Charakter abzustreifen. Dieß ist durch die obige Erklärung nicht geschehen. Der Grundsatz, daß singuläre Verfügungen strict auszulegen sind, berührt durchaus nicht den Schluß von der Wirksamkeit des subsidiären Rechtsmittels auf die Wirksamkeit dessen, welches dadurch ersetzt werden soll: sie ist dieselbe für den (weitern) Umfang des einen, wie für den (beschränktern) des andern.

(Schluß im nächsten Heft.)

IX.

Ueber die Theilung unter wenigen von mehreren Kommunions-Interessenten.

Von

Herrn Dr. **Zimmermann**,
früher Kurf. Hess. Obergerichtsrath, jetzt Privatdocent zu Marburg.

Ueber die Frage, ob überhaupt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Wirkungen unter wenigen von mehreren Miteigenthümern oder Miterben getheilt werden könne, finden sich zwar vielfache Andeutungen in der juristischen Literatur. Es fehlt aber an einer umfassenden, namentlich auch dem praktischen Bedürfniß genügenden, Bearbeitung dieser Materie. Daher wird der nachfolgende Versuch, die einzelnen hier in Betracht kommenden Fragen schärfer als bisher geschehen, zu sondern, und einer allseitigen Beantwortung entgegenzuführen, nicht überflüssig erscheinen.